

J. M. RODRÍGUEZ CALERO, *Principios del Derecho y Razonamiento Jurídico*, Colección de Derechos Humanos y Filosofía del Derecho, Dykinson, Madrid, 2005.

Otra vez, una monografía se para a pensar y reflexionar sobre el papel, siempre discutido en su función, pero no ya en su propia existencia, de los principios generales del Derecho. La obra se incardina en aquellos tratados que lo que hacen es situar un tema en su vertiente doctrinal y moderna, y posicionarse de una forma realista sobre lo que los principios del Derecho quieren ser. Merecerá por nuestra parte un posicionamiento sobre el mismo tema, pues en Teoría del Derecho los temas nunca mueren, sobre todo, si la base sedimentada y real de su existencia está consensuada y aquí lo está, eso que sean “principios” del Derecho, desde el derecho romano. El autor parte de una premisa que nos parece interesante: la existencia de los principios explícitos y los principios generales del Derecho. Y toda la obra persigue dos ideas que son verdaderas: la discrecionalidad del juez para interpretar la norma en el caso concreto y su imposibilidad de que ciertos casos sean resueltos por el razonamiento lógico deductivo y la tan explicada, pero irreal, teoría de la subsunción, sobre todo en los casos de claro posicionamiento ideológico (p. 15). En nuestro sistema, también se acepta con matices, que los principios puedan ser instrumento puesto a disposición de los jueces para resolver determinados expedientes. Con el objeto de alcanzar la dimensión del problema, se dividirá el trabajo en una serie de apartados.

1. *Positivismo y Dworkin: crítica a Hart y Kelsen*

El autor citado, en su obra *Taking rights seriously*, realiza una ataque al positivismo. Este autor distingue, en los casos difíciles, estándares jurídicos que no operan como normas jurídicas. Divide el Derecho en principios y reglas. Parte de la idea de que no sólo existen las reglas del derecho, sino que también existen unas directrices políticas y unos principios, éstos por exigencia de la justicia, o alguna dimensión de la moralidad. Indica Dworkin que estos principios son utilizados en los casos “difíciles”, los principios resuelven el problema jurídico por su peso (p. 21), las reglas sólo porque una de ellas se considere válida. La discrecionalidad para los positivistas se da cuando el juez no puede resolver

un problema jurídico y crea derechos jurídicos que ha aplicado después, retroactivamente para el caso que debe juzgar, lo que llama la *teoría de la adjudicación*. Entiende Dworkin que esta teoría es equivocada, pues el juez ha de descubrir cuáles son los derechos que tienen las partes, no crearlos. La crítica de este autor se basa en la imposibilidad de las teorías positivistas, (en concreto la doctrina de Hart) acerca de la existencia de otros estándares jurídicos distintos a las reglas y su incardinación en el orden jurídico a través de la regla de conocimiento. El Derecho posee una textura abierta que ha de ser interpretada por los hombres (jueces) para elegir entre los intereses en conflicto.

Las reglas de conocimiento se van creando, cuando el juez o muchos jueces las ignoran desaparecerán del sistema jurídico (p. 26). Ahora bien, el juez no es absolutamente libre en esa decisión, las reglas pueden parecerle razonables sin ser justas, y a ellas debe atender, pero un sólo principio moral puede no resolver un caso, si existen más de uno, aparece la "*ponderación*" para hacer justicia entre intereses en conflicto.

Acomete Dworkin una crítica hacia las posiciones de Kelsen, autor indiscutido durante décadas por la doctrina española, quizá por tradición, porque son evidentes sus lagunas, así la norma lleva implícita la necesidad de su determinación y de su *discrecionalidad*, palabra ésta que aparece a lo largo de la obra en mayúscula con la que el autor, nos quiere hacer comprender que todas las teorías posibles chocan o toman en cuenta a ella. El juez elige entre "las posibles", no es una discrecionalidad fuerte, pero deja abierta la puerta a que exista un algo que le haga elegir, quizá los principios como normas, aunque taxativamente no lo llega a decir Kelsen.

2. Alexy: el principio como mandato de optimización

Este autor reflexiona sobre la existencia de algo distinto a las reglas. Las normas se dividen en principios y reglas. Los principios ordenan algo dentro de las posibilidades jurídicas que existen y son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diferente grado, las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no: hacer lo que ellas dicen o no. Se diferencian en su colisión en las reglas, unas se aplican o no, en los principios se dan razones para las normas (p. 31), pues los jueces aplican o determinan lo obligado, prohibido o permitido. Los principios son para el alemán *razones para las normas y de los deberes concretos*. En caso de conflicto, uno de ellos será considerado inválido. Es interesante la doctrina de Alexy cuando distingue las máximas de los principios: la ley de la proporcionalidad, la adecuación y la de la proporcionalidad,

en sentido estricto. Las dos primeras se refieren a lo fáctico y, la tercera, a las posibilidades jurídicas que puede plantear el principio.

3. *Maccormick: los principios como racionalización de las reglas*

Más se extiende sobre el autor escocés que sobre los otros, quizá por su novedad. Parte de que la teoría del derecho y del razonamiento jurídico han de ir de la mano, y los principios son primordiales para la toma de decisión jurídica (p. 33). Los principios no son derechos como en Dworkin, son racionalización de las reglas. No se está ante una posición antipositivista, pues para racionalizar también son necesarios los valores, pues el Derecho es quien los toma en cuenta. No cree que la positivación de esos valores se tenga que hacer expresa en principios, aunque suele ocurrir. Se pregunta cómo un principio llega a ser jurídico: en la medida en que se haya incorporado a una legislación apropiada. Por medio de los jueces y el sentido común (p. 37), como expresión que se echa de menos en el derecho al leer ciertas sentencias. Los jueces, por la influencia de la moral, de la política, del Derecho, del consenso que existe en la sociedad, crean el Derecho y el principio.

Los nuevos principios vienen condicionados por los cambios sociales que se hayan producido en la sociedad y que sean advertidos por los jueces, de acuerdo con las reglas también.

El positivismo ha de ampliar su campo de estudio, no ha de circunscribir el derecho a las reglas (p. 38). Los principios se determinan por el *criterio de la validez*, ése será el criterio para que pasen a ser jurídicos. La discrecionalidad para MacCormick no es fuerte o débil, pues los desacuerdos pueden ser especulativos y prácticos, la discrecionalidad de los jueces se circunscribe al deber complejo que tienen los jueces, según el caso sea sencillo, porque las reglas lo resuelven, o ante los casos difíciles. La discreción es limitada justificando la decisión, no dice cuál será la respuesta correcta, pero la necesidad de su justificación y argumentación es clara.

4. *Prieto Sanchís: principios como estrategia interpretativa*

Parte de que los principios han significado diversas cosas, pero no le interesa porque quizá todas ellas tengan parte de razón. Distingue entre principios generales del Derecho y principios explicitados en el Derecho. Los primeros son los que representan una norma con encaje constitucional, jurisprudencial, y

la posibilidad de crear normas a través del razonamiento y la argumentación. La Ley, la costumbre y sus consecuencias interpretativas. Los explícitos provienen de la fuente que se proclaman. Los principios son normas, abiertas a otros supuestos de hecho, las reglas sólo se aplican a uno o a varios, pero acotados; los principios expresan derechos que son justiciables. La diferencia para Prieto (p. 45) es estructural o interpretativa. Estructural: la norma es incompleta como principio, pero es difícil distinguir entre zona de penumbra de la regla y principio. Desde el aspecto interpretativo, el juez puede transformar una regla en principio. Con respecto a la moral, representan la conexión con la moral social mayoritaria siempre presente en el Ordenamiento Jurídico.

5. *Atienza y Ruiz Manero: los conciben como normas abiertas*

Estos autores distinguen entre principios, en sentido estricto, y como normas programáticas, como principios para la gente. Los conciben también como razones para la acción, pero en lo que más inciden (p. 49) es en su función jurídica, explicativa y justificatoria (p. 49). Desde luego, les dan un papel preponderante en la argumentación jurídica a los principios. No sólo se emplean en los casos difíciles, sino en los casos fáciles, precisamente cuando la subsunción del caso no resulta controvertible a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo que se trate. Los principios en el sentido explícito e implícito, qué duda cabe que los implícitos son los que más justificación deben poseer por el método en que se obtienen.

6. *Los principios como normas jurídicas*

Todas estas doctrinas reflexionan sobre la idea: los principios están incardinados en el Derecho. Qué son los principios y qué función cumplen (p. 51). Surge el problema cuando, como indica Wróblewski, son principios para los jueces y cuando son principios para la ciencia del Derecho. Desde el punto de vista judicial se distinguen: los principios positivos del Derecho, los implícitos, los principios extrasistemáticos, los principios nombre del Derecho, y los principios-construcción del Derecho. La función de cada uno de ellos se realizará según el sistema jurídico en que se incardenen, y claro es, vuelve a realizar una clasificación de los sistemas, pero los principios extrasistemáticos no pueden ser considerados jurídicos.

Lo que este autor llama principios nombre y de construcción, no son normas de Derecho, son concebidos como instrumentos que pueden prestar utilidad en la atribución de sentido a los enunciados jurídico-normativos (p. 57). Divide los principios en tres, por tanto: explícitos, implícitos, extrasistemáticos.

Los principios y las reglas se distinguen o en las fuentes de las que nacen o en la interpretación jurídica. El legislador no suele y, cuando lo hace, no lo oculta calificar de principios a lo que son normas, y entiende que los principios son orientaciones por las que se ha de guiar la interpretación. La distinción entre reglas y principios surge en el ámbito del jurista. Hay que interpretar si estamos ante un principio o ante una norma y atribuirle ese sentido a una disposición. Su peso como norma o no, mandato de optimización, racionalidad de interpretación, la textura abierta, el razonamiento no puramente silogístico (p. 60).

Dworkin dice que las reglas son todo o nada en la resolución del caso, los principios son sólo guías de esa resolución. Hay autores (Puigpelat) que entienden que ese análisis es parcial, por cuanto el todo o nada de la regla es más que formal y aparente. La dificultad de decir que un principio es inválido, hace merecedora a esta opción de Dworkin de calificarla de complicada, pero es verdad que un principio puede no servir para resolver un problema jurídico y sí para otro. Alexy se basa en la teoría de la colisión, un principio puede ser inválido, pero una regla no se aplica simplemente, por ello hay que ver cómo se resuelve la colisión entre norma y norma, o norma y principio.

Prieto indica que la teoría de Alexy conlleva aplicar normas o principios que sean reversibles los unos y los otros, lo que es inseguro (p. 63). Según Guastini, la ponderación entre los principios debería conllevar la resolución de las antinomias axiológicas parciales, según el caso concreto, pero la inseguridad, más allá de la discrecionalidad que repite el autor del presente trabajo, también se palpa en su teoría. Esa *Lex specialis* de los principios, los asemeja a las normas, pues parece que los principios establecieren supuestos de hecho, entonces serían verdaderamente normas, el problema no existe como tal. La crítica de Alexy entiende que una disposición es principio o norma según convenga o que es el operador jurídico quien la califica así, parece decirnos Guastini, sin embargo, que existe la división principios y reglas. Atienza y Ruiz Manero dicen que la diferencia es estructural: los principios configuran el caso de forma abierta y reglas de forma cerrada, principios se cumplen gradualmente reglas, cumplimiento pleno. Cabe para ellos la ponderación de los principios, pero si un principio resuelve un caso, su cumplimiento es pleno (es norma?). Peczenik (p. 66) entiende que la distinción de estos últimos no es clara por ese cumplimiento pleno o gradual que cabe en principios y normas, lo

cual no los distingue. Los principios y las reglas, por tanto, cuando éstas no son claras o no resuelven o resuelven parcialmente, no tienen diferencias estructurales. La diferencia está en la interpretación y en la elección valorativa. Un principio interpretativo puede ser aplicado con rigurosidad y no implica necesariamente la invalidez de una regla. Prieto se decanta en un análisis novedoso, en la libertad del juez para configurar como norma o principio, pero también es consciente de que ello debe poseer unos filtros o límites.

Existen unos “espías” de que nos encontramos ante una norma o principio, que sea incompleta desde el supuesto de hecho, su carácter de principio por el legislador... a los que el juez debe atender, en contra de lo que parece sugerir el profesor Prieto.

Los principios están detrás de cada norma y pueden servir de elemento de autointegración del Derecho. Destaca el profesor Bin que antes de ponderar principios debe el juez intentar resolver el caso: por el interés perseguido y por su incumplimiento en el caso de aplicar principios no constitucionales. Ponderar principios no excluye esa discrecionalidad, en esa ponderación actúa la interpretación. Lavagna (p. 78) habla de la razonabilidad, emitir un juicio sobre finalidades que se quieren conseguir, la restricción o no de un fin, perseguido por la Ley, en relación con el interés general indicado por la Constitución, el fin más razonable que la interpretación constitucional considera prevalente. Esa razonabilidad incluye juicios como el de pertinencia (ver si las finalidades están cubiertas) y el de congruencia (los medios no se dicen, pero sí las finalidades constitucionales), intencionalidades o instrumentos usados por el legislador. Habla este autor sobre el juicio de coherencia y el de evidencia y sus diversos cauces metodológicos, lo que se presenta demasiado científico, entiendo esta crítica como de “laboratorio” con la ventaja de poder decir cuanto se defiende sin cortapisas reales del sistema jurídico, sea éste u otro. Otro docente italiano, Gavara de Cara, cree que la ponderación debe ser entre bienes jurídicos protegidos, en un análisis que se nos presenta más verídico (p. 81).

La vía de la primacía de los bienes jurídicos es la correcta y ella puede ser concreta o abstracta, siendo ésta última peligrosa, pues no está prevista por la Constitución y sus fines. Reflexiona sobre el principio de proporcionalidad con el fin de saber si una medida de desarrollo de un derecho fundamental es contraria a la Constitución.

Para ello, se somete a un triple filtro: el principio es *necesario*, es *adecuado*, es *proporcional en sentido estricto*, medida razonable y finalidad lograda. El método es doble: valoración del caso concreto y la comparación de casos como precedente judicial. Como se ve, un conjunto de elementos todos ellos útiles para decirnos que las normas no resuelven sólo y *per se*, los problemas

jurídicos. Javier de Lucas y Vidal entienden (p. 84) que la interpretación constitucional española ha concretado la razonabilidad en las técnicas del test teleológico, la alternativa menos gravosa, la idoneidad. Pero ello, siendo también interesante, no resuelve la discrecionalidad del intérprete, verdad que ambos docentes, no niegan, como es lógico. Así, lo que interesa es el efecto de aplicar un principio u otro. El Derecho no es sólo norma, es una fuerte tendencia a que así sea, pero en el caso "difícil" se demuestra que ello no es así. La discrecionalidad del juez para ponderar principios existe, pero no es fuerte como señala Dworkin, tiene unas limitaciones jurídicas claras también.

7. *El problema de los principios jurídicos implícitos*

La monografía se enfrenta a este otro problema: el Derecho quiere ser pleno pero cuando ello no sucede busca, busca el juez, métodos de integración. Cuando existe laguna, dice Guastini, se buscan dos operadores: los enunciados interpretativos, que pueden añadir algo o crear algo con respecto a la norma o principio y los enunciados productivos, a los que él califica de principios del Derecho (p. 95). Surgen para integrar el Derecho, el operador jurídico los crea, y a diferencia del principio explícito, no se los impone el legislador.

MacCormick, autor que gusta a Rodríguez Calero en sus planteamientos, en su obra *Legal and reasoning and Legal Theory*, destaca la importancia que tienen los principios jurídicos implícitos y cómo se conforman como normas del Derecho. Cuando surgen las dudas acerca de la norma utilizada, se debe abandonar la regla, pero no el Derecho, dice el auto escocés.

Justificar la regla que se va a aplicar para que sea universalizable para otros casos, todo ello mediante un método. Del Vecchio exige que esos principios obtenidos estén de acuerdo con los principios generales propuestos por la razón. Las normas serían indicios para fundar estos principios indica el autor italiano. Ignacio Ara critica que estas doctrinas, claramente iusnaturalistas, cubiertas por una cientificidad, e indica que han obedecido para poner al Derecho en los fines de determinados grupos sociales (p. 100), esta crítica, a nuestro juicio, es completamente predicable de las poses del cientifismo positivista también, que es el verdadero culpable de que las teorías cuanto más ininteligibles, más científicas. Entiende Esser que, un principio, aunque sea implícito, si se incardina en un *corpus iuris*, sea éste cual sea, pasa a ser norma, quien lo hace, evidentemente es quien está dotado por el Estado para ello, el Poder Judicial. Distingue Esser entre ese papel jugado en los sistemas codificados y los del Common Law, en ambos casos distingue entre principios axiomáticos, proble-

máticos y dogmáticos (p. 104), pero su tesis no distingue entre principios como normas o como elementos interpretativos de enunciados jurídicos.

Sigue a MacCormick entendiendo que la doble función de un principio es *justificativa* y *explicativa*, le interesa más la función que el propio concepto, y ello conectando el concepto de principio como norma, como *valor aceptado, por el operador jurídico y la sociedad*. Entiende Guastini que la problemática para identificar a estos principios es la misma en cuanto a procedimiento que la del razonamiento analógico. Los principios se “crean”, no se buscan, lo que no comparte la profesora Beladiez cuando entiende que los principios de este tipo sólo se descubren, pero no se crean (p. 109).

El autor escocés indica que el procedimiento puede coincidir y que, en una misma materia, pueden reunirse diversos conjuntos normativos, pero sólo se obtiene un principio cuando éste sirve de justificación o racionalización de las decisiones judiciales o de una legislación concreta. Lo cierto es que se parte, en este caso, del problema de la laguna jurídica y podría ser un método de auto-integración. Una vez producida la laguna, el juez, desde las normas existentes, acude a los principios desde una *ratio* de un conjunto de reglas, pero lo hace desde ciertos límites uno de ellos son las propias normas y de que la libertad del juez para elegir los métodos de heterointegración o de autointegración le viene dada por el propio Sistema, sin que por ello, pueda ser completamente libre para ello.

8. *Los principios jurídicos extrasistemáticos*

Si los anteriores planteaban problemas, los que ahora se mencionan también, pese a no ser jurídicos, Dworkin, verdadero estudiado en esta monografía, cree que sí son normas jurídicas, mejor dicho, que estas normas morales pueden ser acogidas por el Derecho como principios jurídicos. El juez elegirá esa moral, coincidente con la comunitaria, dando juego desde luego a sus convicciones morales personales, pero esta posición no es iusnaturalista pura, en los casos difíciles, pero desde luego, acerca el Derecho a la Moral (p. 125).

Estos principios no pueden ser identificados por la “regla de conocimiento” y además, en ellos, así como en los explícitos e implícitos sí puede existir un grado de certidumbre en la limitación al juez, en estos no es posible apreciarlo.

9. *Los principios jurídicos y la legitimidad*

En la parte final, antes de las conclusiones, se plantea cómo estos principios pueden acogerse legítimamente por el sistema jurídico como verdades morales, desde las constituciones o de sus declaraciones programáticas. Cómo se incorporan los principios morales al Derecho y si el razonamiento jurídico y moral tienen algo que ver. La mera presencia del Derecho conlleva un mínimo moral en sus prescripciones. Pocos autores dudan de que las reglas jurídicas acogen o recogen principios morales de convivencia. MacCormick conecta el razonamiento moral cuando entra en juego con el jurídico, defendiendo que el uso de la razón es técnico en ambos casos y respetable. Entiende que se intenta separar la moral y el Derecho en cuanto a razonamiento por la llamada autonomía de la moral que, como tal, y por completo, no existe. La autonomía es real, pero sólo como telón de fondo de la heteronomía. Aarnio indica que el razonamiento puede ser el mismo, pero que en Derecho eso se traduce en valores, valores sociales aceptador por el Legislador.

10. *Conclusiones*

La presente monografía representa un tipo de estudio jurídico desde la Filosofía del Derecho valioso y potenciante, pero con los peligros que siempre han conllevado los estudios doctrinales puros. Los principios del Derecho existen desde tiempo inmemorial, su planteamiento desde hace tiempo es el de la función que tienen en el sistema jurídico. La división entre principios explícitos, implícitos, y extrasistemáticos es procedente y eficaz. Verdaderamente, se da esa división, aunque el presente estudio sólo lo podemos incardinar en los de esencia de la Filosofía jurídica, su soporte real, en la actividad diaria del juzgador ordinario, es bien escasa, algo más real y habitual en el juez constitucional. La idea que tiñe toda la obra es que los principios no son fácilmente identificables por una regla general de conocimiento que los convierta en miembros del Derecho y que el juez, cuando recurre a ellos, lo hace desde una discrecionalidad, que no desaparece en ningún análisis de los estudiosos. Además se potencia su carácter resolutorio en los casos difíciles, y es en realidad lo que son: estándares jurídicos, normas, como dice el autor, que resuelven en última instancia, problemas jurídicos. Son un permiso del legislador para que el juez resuelva, y lo haga desde la razón, desde la menor molestia, el menor conflicto social, lo que además está en consonancia con hacerlo desde los valores y la Moral que se obtiene de las fuentes del Derecho en que ese juez ejerce su fun-

ción. Sobre su papel casi todo está dicho y este tipo de trabajos son necesarios cada cierto tiempo para no perdernos en las teorías que quieren convertirlos a los principios en lo que no lo son, verdades teóricas que sirven para complicar el Derecho y resultar formalmente teorías científicas desde una interpretación legalista.

La categoría de normas como tal, a nosotros no nos convence, pues la discusión de su papel jurídico en el razonamiento jurídico no se plantearía. Lo que sí entendemos real es partir del concepto amplio de laguna jurídica, amplio desde la perspectiva de que no sólo estamos hablando del caso material no cubierto por disposición normativa alguna, sino el caso material que, aplicando alguna norma o método de integración sea ese cual fuere, conlleva resultados inmorales y en nada justos. Los jueces como creadores ante el caso concreto, acuden a los principios del Derecho, cuya confección es múltiple: la moral social, la razón, moral individual, y las fuentes de información del Derecho útiles para que esa solución sea justa, le deje moral y profesionalmente satisfecho, y ese momento, desde luego, deber ser individual y discrecional en tanto persista la necesidad legal de tener que sentenciar. Por lo demás, la obra es rica en doctrina y apreciaciones interesantes que nos acercan a un tema que jamás morirá en Derecho.

Santiago Carretero

J. M^a. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Moralidad, derechos, valores*, Civitas, Madrid, 2003, 106 pp.

Hace casi 15 años que hice mi primera recensión, precisamente a un libro del prof. Rodríguez Paniagua *Lecciones de derecho natural como introducción al Derecho* donde señalaba que estábamos ante un libro extraordinariamente formativo para los jóvenes estudiantes de Derecho, por la claridad con la que abordaba los temas propios de la asignatura –algo que, seguramente, han agra-decido durante años los estudiantes correspondientes a nuestro área, en el primer año de la licenciatura en Derecho—. Pues bien, en este caso debo señalar la misma virtud, la claridad, además referida a temas especialmente candentes y complicados. Se trata de cuestiones y problemas referentes al constitucionalismo y a la filosofía del Derecho y que han sido abordadas, en gran medida,